

A. I. Nº - 297515.3002/16-6
AUTUADO - BRASKEM S.A.
AUTUANTES - LUIZ HENRIQUE DE SOUSA ALEXANDRE e MARCO AURELIO PAUL CRUZ
ORIGEM - SAT/COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 26/11/2018

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0170-01/18

EMENTA: ICMS. FALTA DE ESTORNO. CRÉDITO FISCAL.
Autuado não efetuou o estorno dos créditos dos insumos utilizados na fabricação de gasolina, destinada a outras unidades da Federação, cujas saídas ocorreram com não incidência do imposto. Metodologia para cálculo do estorno foi revisada, de modo que sua aplicação se desse de acordo com os índices de consumo de cada insumo durante a produção, e que esse estorno fosse aplicado exclusivamente sobre esses insumos. Auto de infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O auto de infração em lide, lavrado em 22/12/2016, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$23.006.744,65, por ter deixado de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias utilizadas na industrialização, quando a operação subsequente com o produto resultante ocorrer com não incidência do imposto (01.05.08), ocorrido em maio, julho e agosto de 2012, de novembro de 2012 a fevereiro de 2013, de maio de 2013 a setembro de 2014, de novembro de 2014 a abril de 2015 e em novembro e dezembro de 2015, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “b”, do inciso VII, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Consta, ainda, que o autuado vendeu gasolina para fora do Estado da Bahia, em operação com não-incidência do ICMS, sem efetuar o respectivo estorno.

O autuado, através de representante legal, apresentou defesa das fls. 25 a 39, demonstrando, inicialmente, a tempestividade da sua apresentação. Disse que os autuantes não observaram quais insumos são utilizados na fabricação de gasolina e procederam ao estorno utilizando um procedimento de arbitramento, cuja situação não está prevista na Lei nº 7.014/96.

Explicou que a industrialização da gasolina é obtida através do processo de craqueamento e fracionamento da nafta. Além da nafta, afirmou que o outro e único insumo adicionado à industrialização da gasolina é o antioxidante SPECAID.

Acrescentou que, desses dois produtos, a nafta representa 99% dos insumos necessários para industrialização da gasolina e foram adquiridos com diferimento do ICMS. Destacou que os produtos elencados pela fiscalização para fins de estorno de crédito do ICMS não foram efetivamente empregados na fabricação da gasolina.

Ressaltou que a fiscalização optou por presumir o percentual de estorno mediante a proporção entre as saídas interestaduais de gasolina e as saídas de produtos acabados em cada exercício. Explicou todo o processo produtivo realizado no estabelecimento autuado para demonstrar toda a sua complexidade e variedade de produtos acabados.

Requeru a realização de diligência fiscal por auditor estranho ao feito para verificação dos insumos efetivamente empregados na industrialização da gasolina.

Posteriormente, o autuado anexou aos autos laudo técnico visando esclarecer quais insumos são empregados na industrialização da gasolina (fls. 92 a 95).

Os autuantes apresentaram informação fiscal das fls. 98 a 102. Explicaram que, conforme o art.155, X, b da CF/88 e art. 3º, III da Lei 7014/96, o ICMS não incide sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica, sem previsão de manutenção de crédito.

Disseram que o levantamento fiscal observou os seguintes critérios na apuração dos valores a serem estornados:

- Foram excluídas as operações de transferências internas, tanto nas entradas quanto nas saídas (Regime Especial de Apuração Centralizada concedido com base no Parecer nº 18.870/11).
- Para efeito de determinação da base de cálculo do crédito fiscal a ser estornado, foram considerados os valores dos preços mais recentes dentro do mês de apuração (Art. 312, § 5º, II do RICMS/2012).
- Foram considerados apenas a parcela do produto/insumo consumida na industrialização.

Ressaltaram que não ocorreu arbitramento da base de cálculo, mas estorno proporcional previsto no artigo 312, inciso II do RICMS 2012. Discordaram da alegação da defesa de que a Nafta corresponde a 99% na produção da gasolina e que o único produto químico adquirido para industrialização além da Nafta é o antioxidante SPEC AID, pois no processo industrial são utilizados diversos insumos além da matéria prima, tais como: produtos intermediários, utilidades (vapor, energia elétrica, água) e catalisadores. Alegaram que a própria empresa, em resposta à intimação fiscal, informou da impossibilidade de determinar os insumos aplicados sobre diversos produtos.

Lembraram que esse método de cálculo proporcional já foi julgado procedente no CONSEF, como nos PAF's 269139.0001/08-5 e 299904.0002/07-9 (fls. 106 a 149).

Acrescentaram que a proporção considerou a venda interestadual de gasolina sem tributação do ICMS, dividida pela saída total de produtos acabados. Neste cálculo excluiu-se proporcionalmente as entradas destinadas a produção de produtos tributados, produtos destinados a exportação, produtos com saídas do imposto diferido e todas as demais situações em que não foi aplicada a imunidade tributária.

Lembraram que a empresa Petróleo Brasileiro visando dirimir as divergências interpretativas entre a empresa e o fisco, para o cálculo das parcelas estornáveis e uniformização de entendimentos e procedimentos na ocorrência de estornos de créditos fiscais nas saídas de produtos com redução da base de cálculo e isenção, celebrou um Regime Especial aprovado pelo Parecer DITRI 27653/2011 (fls. 150 a 158), prevendo metodologia de cálculo muito similar a adotada pelos autuantes neste PAF.

Explicaram que o Óleo Combustível é utilizado como combustível de queima nas caldeiras para geração da utilidade vapor, ou seja, é um produto intermediário que, apesar de não integrar o produto final, é consumido em todo processo de industrialização. E que o Álcool Etílico Hidratado só vem a corroborar que a metodologia está correta, pois seria um único produto reconhecidamente fora do escopo de insumos para a industrialização da gasolina. Requereram a procedência do auto de infração.

O autuado apresentou nova manifestação das fls. 162 a 168. Reiterou que o art. 312 do RICMS apenas admite a realização de estorno de crédito em relação aos insumos efetivamente empregados na industrialização de cada produto final, sendo a proporção praticada pela fiscalização em um arbitramento sem respaldo na legislação.

Disse que os exemplos de decisões do CONSEF, trazidos pelos autuantes na informação fiscal, confirmam o critério jurídico de que só devem ser estornados os insumos efetivamente empregados na industrialização do produto final. Destacou que a metodologia utilizada neste auto de infração já foi rejeitada em outros autos de infração julgados no CONSEF, conforme Acórdãos CJF nº 0140-12/15 e 0119-11/16 e Acórdão JJF nº 0095-04/14 (fls. 170 a 184).

Acrescentou que o regime especial concedido à PETROBRÁS não deve ter qualquer influência neste julgamento, pois não implica em efeitos perante terceiros. Ratificou o interesse em realização de diligência para verificação dos insumos empregados na industrialização da gasolina.

Os membros da 1ª junta de julgamento fiscal, em sessão realizada no dia 06 de julho de 2017, deliberaram por unanimidade pela conversão do processo em diligência à inspetoria de origem para que os autuantes intimassem o autuado a apresentar, em unidade de medida correspondente, a quantidade de cada insumo utilizado na produção de gasolina e para que, de posse das quantidades de insumos utilizados na produção, revisassem o lançamento efetuado considerando no cálculo do estorno de crédito fiscal a quantidade de cada insumo utilizado na elaboração da gasolina (fl. 190).

O autuado apresentou manifestação em cumprimento à diligência fiscal das fls. 202 a 206. Apresentou laudo técnico elaborado pela Escola Politécnica da Universidade Federal da Bahia, atestando os insumos utilizados em todo o processo produtivo no seu estabelecimento (fls. 207 a 211 frente e verso).

Destacou que o laudo indica a produção de dois tipos de gasolina, cujas principais fontes de matérias-primas para o processo de produção da gasolina foram provenientes de oito unidades do próprio estabelecimento. Apresentou o cálculo de estorno considerando as entradas dos insumos empregados na industrialização da gasolina (fls. 204 e 205).

O autuante Marco Aurélio Paul Cruz, apresentou informação fiscal das fls. 224 a 227. Explicou que inicialmente o autuado não quis apresentar as quantidades solicitadas alegando que assim estaria revelando a formulação deste produto.

Após nova intimação, o autuado apresentou os cálculos do estorno elencando os insumos efetivamente aplicados na produção da gasolina com base em estudo realizado pela UFBA, sem determinar as quantidades destinadas à industrialização da gasolina, aplicando os mesmos percentuais apurados pela fiscalização.

Disse que, posteriormente, após várias reuniões, o autuado apresentou os percentuais de aplicação destes insumos especificamente para a produção de gasolina. E assim ela procedeu determinando o percentual de cada insumo aplicado especificamente na produção de gasolina destinada a operação interestadual.

Explicou que o autuado, ao apresentar os insumos com base em laudo da UFBA, resolveu em parte a necessidade de informação para apuração da base de cálculo. Contudo, com a utilização dos mesmos percentuais apurados pela fiscalização, as porcentagens levaram em consideração o universo total de produtos vendidos em relação a operação interestadual de venda de gasolina, aplicadas a um grupo já selecionado de insumos, não refletindo a realidade dos fatos, pois estaria se fazendo uma dupla exclusão nas entradas.

Ressaltou que, posteriormente, o autuado aceitou que fossem apresentados os percentuais de aplicação destes mesmos insumos, o que a rigor se chega ao mesmo objetivo que é apurar a base de cálculo para o estorno da gasolina com os reais e efetivos valores. Assim, a empresa aplicou a proporção de vendas de gasolina interestadual em relação às vendas totais para cálculo do estorno do que foi efetivamente destinado a produção da gasolina posteriormente destinada a operação interestadual, que é o objeto da autuação.

Desta forma, após o Laudo da UFBA, o valor foi para R\$983.050,54 (Novecentos e oitenta e três mil, cinquenta reais e cinquenta e quatro centavos) e depois com a aplicação dos percentuais foi para R\$94.596,91 (Noventa e quatro mil, quinhentos e noventa e seis reais e noventa e um centavos).

Ressaltou, entretanto, que a metodologia para a apuração dos valores do estorno de crédito do ICMS nas entradas em razão de vendas interestaduais de gasolina sem tributação pela empresa foi

correta. Contudo, não houve a apresentação de Laudo da Engenharia ou da área responsável pela apuração dos percentuais de aplicação dos insumos detalhando a maneira de obtenção dos mesmos e os critérios técnicos adotados, tal qual foi feito com a apresentação do Laudo da UFBA. Por esta razão, requereu a manutenção da autuação original.

Anexou em CD à fl. 228 as planilhas Anexos 1A, 2A, 3A, 4A, 5A, 1B, 2B, 3B, 4B, 5B, 1C, 2C, 3C, 4C, 5C, 1D, 2D, 3D, 4D, 5D (após Laudo da UFBA), e as planilhas Cálculo contingência UNIB Gasolina_2012, Cálculo contingência UNIB Gasolina_2013 atualizado, Cálculo contingência UNIB Gasolina_2014 atualizado, Cálculo contingência UNIB Gasolina_2015 atualizado (apuração final da empresa com os percentuais de aplicação dos insumos e a proporção da gasolina com venda interestadual).

O autuado apresentou nova manifestação das fls. 235 a 240. Argumentou que nas saídas interestaduais de gasolina, há mero deslocamento da sujeição ativa para o Estado onde ocorrer o consumo da gasolina. Desse modo, as operações interestaduais com gasolina não têm natureza jurídica de não-incidência ou isenção por não ensejar a efetiva desoneração do imposto.

Rechaçou o argumento dos autuantes de que arbitrou a base de cálculo, em razão de falta de apresentação pelo autuado dos documentos fiscais e contábeis, relativos às atividades da empresa, pois apresentou todos os esclarecimentos solicitados.

Ratificou o refazimento do cálculo inicialmente proposto, para aplicar o estorno somente sobre os insumos que são utilizados na produção de gasolina (derivados da nafta, energia elétrica e ar de instrumento), que também são utilizados na produção de outros produtos. Assim, o valor apurado foi de R\$94.596,91.

Afirmou que os autuantes não promoveram a revisão fiscal em razão da ausência de laudo técnico quanto à apuração dos índices técnicos, cuja apresentação fez nesta manifestação das fls. 243 a 245.

Informou que realizou o recolhimento do montante de R\$94.596,91, conforme documento à fl. 247.

Os autuantes voltaram a apresentar informação fiscal às fls. 274 e 275. Disseram que a pendência existente foi atendida com a apresentação do laudo da engenharia da empresa, onde foram detalhados os critérios e os valores dos respectivos índices técnicos aplicados. Assim, ratificaram a metodologia de cálculo do estorno do ICMS nas entradas em razão das saídas não tributadas de gasolina para outras unidades da Federação, em que foram identificados os insumos efetivamente utilizados na produção de gasolina e aplicados os índices técnicos para valorar a quantidade efetivamente destinada à sua produção.

Reiteraram que essa metodologia não foi inicialmente aplicada porque não haviam sido disponibilizados pelo autuado à época da execução da fiscalização. Assim, sugerem que a exigência fiscal seja reduzida para R\$94.596,91, conforme demonstrativos à fl. 276.

VOTO

Inicialmente, verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõem o auto de infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

O presente auto de infração exige ICMS em razão da falta de estorno de crédito fiscal sobre insumos utilizados na fabricação de gasolina, destinada a outras unidades da Federação, com não incidência do imposto.

Inicialmente, os autuantes apuraram o imposto devido aplicando uma proporcionalidade baseada nas saídas de gasolina, com não incidência em relação às demais saídas, e estabelecendo esta proporção sobre todos os insumos adquiridos com crédito do ICMS, ainda que os insumos não fossem utilizados na produção da gasolina.

O critério de apuração se baseou em fórmula pactuada em regime especial concedido pela SEFAZ

a outro contribuinte do ICMS, para apuração de estornos de crédito fiscal, o que absolutamente não poderia se aplicar ao presente caso.

Durante o curso do processo, motivado por diligência requerida pela 1^a Junta de Julgamento Fiscal, o lançamento foi revisado de forma que o estorno fosse aplicado exclusivamente sobre a quantidade de insumos efetivamente utilizados na produção da gasolina.

A apuração somente se consolidou após a apresentação dos índices de consumo dos insumos utilizados na industrialização da gasolina (nafta, energia elétrica e ar de instrumento), conforme laudo das fls. 243 a 245.

Com base nesses índices de consumo foi possível aos autuantes a apuração exata do estorno de crédito fiscal sobre os insumos efetivamente utilizados no processo produtivo da gasolina, que o autuado deveria ter realizado durante o período da ocorrência dos fatos geradores.

Assim, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do auto de infração, ficando a exigência fiscal reduzida para R\$94.596,91, conforme demonstrativos à fl. 276, devendo ser homologado pela autoridade competente, o valor pago pelo autuado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** do Auto de Infração nº 297515.3002/16-6, lavrado contra BRASKEM S.A., devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$94.596,91**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “b” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados pela autoridade competente o valor pago pelo autuado.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, I, “a” do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/2018.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de outubro de 2018.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

OLEGARIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR